

AUTONOMIJA U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU - NOVIJE TENDENCIJE

Prof. dr. sc. Damir Klasiček*

UDK 341.94

347.441

Izvorni znanstveni rad

Pisac izlaže svoje poglede na, do sada, gotovo neograničenu slobodu ugovornih stranaka da izaberu mjerodavno pravo za svoj ugovor.

U izlaganju se ističe da ne postoji nijedan pravni razlog na kojemu bi se mogla temeljiti sloboda ugovornih stranaka da izaberu bilo koje pravo za ugovor. Takva sloboda izbora zapravo je negacija temeljnog načela međunarodnog privatnog prava koje nalaže primjenu najbližeg prava na međunarodno obilježenu situaciju. Pisac i dalje ne osporava ugovornim stranama da izaberu mjerodavno pravo, ali zastupa stajalište da se pri tome moraju uzeti u obzir zaštitni prisilni propisi države s pravom koje je ugovorni odnos u najbližoj vezi.

Rimska konvencija o mjerodavnom pravu za ugovore s odredbom članka 7. 1. kao i nacionalne kodifikacije na koje je utjecala ta konvencija pokazuju nove tendencije u pogledu izvjesnog ograničavanja primjene izabranog prava kao i opravdanost restriktivnijeg pristupa načelu autonomije stranaka.

Ključne riječi: međunarodno privatno pravo, autonomija ugovornih stranaka, izbor mjerodavnog prava

1. UVODNE NAPOMENE

Od prvih razmišljanja predstavnika *statutarne škole* kad se počela osjećati neprikladnost primjene domaćeg prava na svaku situaciju, bez obzira na to koliko ona bila povezana s nekim drugim pravnim poretkom, pa sve do današnjeg vremena, razvoj je išao u smjeru sve očitije potrebe primjene najbližeg prava, dakle prava s kojim je neka situacija najuže povezana. Pomalo zaboravljen,

* Dr. sc. Damir Klasiček, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku, Radićeva 13, Osijek

ali uvijek aktualan Savigny je briljantno opisao kako i zašto primijeniti najbliže pravo kad je rekao da svaki pravni odnos ima svoje prirodno sjedište (Sitz) u nekom pravu i to pravo treba primijeniti na odnos koji se rješava.¹ Nažalost, kriterij najbliže veze poslije Savignya, kao da postupno gubi na značenju. Sve se manje isticalo kao jedno od temeljnih načela međunarodnog privatnog prava.² Pod utjecajem potreba, tradicije, povijesnog razvoja, pripadnosti određenim školama i sl., zakonodavci često u definiranju kolizijskih pravila i njihovih poveznica određuju mjerodavnost određenog pravnog poretka koji se katkada ne odlikuje značajnijom povezanošću sa sadržajem na koji se odnosi.³ Treba se prisjetiti, gotovo bi se moglo reći, svjetske podjele na zakonodavstva koja prihvaćaju poveznicu prebivališta za određivanje prava mjerodavnog za prosuđivanje pravne i poslovne sposobnosti fizičkih osoba i na ona zakonodavstva koja su odredila kako je za ista pitanja prikladnije primijeniti pravo određeno poveznicom državljanstva.⁴ Ipak, danas se sve više prihvaća stajalište da je načelo najbližeg prava temeljno načelo međunarodnog privatnog prava.

Unatoč takvim razlikama, jačala je svijest o nužnosti primjene stranog prava na međunarodno obilježene situacije, dakle na situacije koje su povezane s dva pravna poretka ili s više njih. Ta se nužnost pretvorila u opravdanje i svojevrsan alibi teoretičarima kad su utjecali na zakonodavce da prihvaćaju formulacije

¹ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840.-1851., ponovljeno izdanje 1961., vol. VIII., str. 108.

² Kao iznimku treba spomenuti paragraf 1. Austrijskog saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu od 15. lipnja 1978. koji glasi:

“(1) Činjenični odnosi s međunarodnim obilježjem prosuđuju se, što se tiče privatno-pravnog područja, po pravnom poretku s kojim imaju najužu vezu.

(2) Ovim zakonom utvrđena posebna pravila o mjerodavnom pravu (kolizijska pravila) treba smatrati izrazom navedenog načela.”

Prijevod: Sajko, Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno privatno pravo (u daljnjem tekstu: Prinosi), Institut za međunarodno privatno pravo i međunarodne odnose, 1979., br. 12, str. 65.

³ Više o tome Klasiček, Kriterij najbliže veze u međunarodnom privatnom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (dalje: *Zbornik PFZ*), 47 (3) 217-234, 1997. (dalje: Klasiček, Kriterij najbliže veze).

⁴ Klasiček, Dvojbe glede izbora poveznice za određivanje osobnog statuta fizičkih osoba u međunarodnom privatnom pravu, *Pravni vjesnik Pravnog fakulteta u Osijeku*, 1995., br. 1-4, str. 37-54; Klasiček, *Osobni statut fizičkih osoba u međunarodnom privatnom pravu* općenito i uz osvrt na predložena rješenja za hrvatski Zakon međunarodnog privatnog prava, *Pravni vjesnik Pravnog fakulteta u Osijeku*, 2001., br. 3-4.

kolizijskih pravila koje su često prelazile u drugu krajnost, gotovo apsolutne primjene stranog prava. Kad se navedenom doda činjenica da je pravna priroda kolizijskih pravila kogentne naravi, ispada da je jedini čuvar domaćeg interesa postao institut javnog poretka.

To su razlozi što se u zadnje vrijeme u Europi osjeća pokret izvjesne relativizacije klasične kolizijiskopravne metode.⁵ Različite tehnike služe navedenoj svrsi. Koriste se alternativne poveznice⁶ ili poveznice koje u određenoj situaciji povlaštena osoba može birati.⁷

Već su otprije bili poznati određeni propisi koji su štitili interese domaće države i koje sud nije mogao zanemariti unatoč kolizijskom pravilu koje je upućivalo na primjenu stranog prava. U Francuskoj to su *lois de police* i *lois d'application immédiate*⁸. U Njemačkoj *Eingriffsnormen*⁹. U Italiji *norme di applicazione necessaria*¹⁰. U zakonodavstvima *common law* sustava primjenjivali su se prisilni propisi prava koje je mjerodavno za ugovor (*lex causae*), bilo da je ono izabrano

⁵ Bonomi, Mandatory Rules in Private International Law, Yearbook on Private International Law, Kluwer and Swiss Institut of Comparative Law, Vol I., 1999. (dalje: Bonomi, Mandatory Rules). Opširnije: isti autor, Le norme imperative nel diritto internazionale privato, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Vol. 33, 1998.

⁶ Tako članak 124. stavak 1. Švicarskog saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu od 1. siječnja 1989. (dalje: ŠZMPP) koji glasi: "A contract is valid to its form if it conforms to the law governing the contract or to the law of the place where it is concluded". Cit. prema: Karrer, Arnold, Pattocchi, Switzerland's Private International Law, 1994. (second ed., str. 116, njemački službeni tekst ŠZMPP u: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987., izdano u BBI (Bundesblatt (Federal Reporter) 1988. I. 5-60. Francuski službeni tekst: Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987., izdano u FF (Feuille Fédérale), 1988., I. 4-56. Talijanski službeni tekst: Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) del 18. Dicembre 1987., izdano u Ffi (Foglio federale), 1988., I. 5-56.

⁷ Članak 138. ŠZMPP: "Claims based on a damaging unisance from an immovable property are governed, at the option of the damaged or injured party, by the law of the country where the immovable property is situated or by the law of the country where the effect occurs."

⁸ Francescakis, Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits des lois, Revue critique de droit international privé (dalje: Rev. Crit. dr. int. pr.), 1966., str. 1-18.

⁹ Schulte; Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art., im Internationalen Vertragsrecht, 1975.

¹⁰ Sperduti, Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico, Rivista di diritto internazionale, 1976., str. 469-490.

slobodom ugovornih stranaka (*lex autonomiae*), bilo da je mjerodavno pravo određeno kolizijskim pravilom (najbliže pravo, *lex contractus*, *lex solutionis* i sl.). Iznimke od tog pravila, npr. u engleskom pravu, postojale su u slučajevima kad su se primjenjivali prisilni propisi engleskog prava na strani ugovor, ili kad je primijenjen institut javnog poretka (*public policy*) engleskog prava na strani ugovor, ili kad bi ispunjenje ugovora bilo protuzakonito u zemlji ispunjenja.¹¹ Nakon što je Velika Britanija prihvatila tzv. Rimsku konvenciju o mjerodavnom pravu za ugovore, situacija se izmijenila.¹² Sve se češće koristi termin "*mandatory rules*".¹³ Iako ta pravila nisu definirana niti su određeni kriteriji potrebni za njihovo definiranje, smatra se da su vrlo slična javnom poretku.¹⁴

Dok je najnoviji razvoj, koji ide u smjeru relativizacije klasične kolizijsko-pravne metode, možda, u određenim situacijama pomalo dvojben, jer je svojevrsna negacija temeljnog načela međunarodnog privatnog prava, načela primjene prava s kojim je određena situacija u najužoj vezi, navedeni razvoj zasigurno u nekim dijelovima međunarodnog privatnog prava ima puno opravdanja. Ovdje se ponajprije misli na dio međunarodnog privatnog prava koji se odnosi na ugovore, osobito na pravo stranaka da za svoj ugovor odrede mjerodavnost bilo kojeg prava bilo koje države na zemaljskoj kugli, bez obzira na činjenicu je li to pravo u bilo kakvoj vezi s njihovim ugovorom.

2. AUTONOMIJA KAO OPĆE NAČELO MEĐUNARODNOG PRIVATNOG PRAVA

Već je Dumoulin smatrao da do tada važeće načelo *statutarne škole*: *lex loci contractus* nije prikladno i da stvara teškoće strankama i rastućem razvoju trgovačkih odnosa općenito, jer strankama nije uvijek pogodovala primjena prava mjesta sklapanja ugovora, a katkada je takva poveznica nalagala poduzimanje

¹¹ Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 13. ed. 2000. (dalje: Dicey/Morris), str. 1244.

¹² Službeni naziv konvencije: *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, *Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*, *Convention on the law applicable to contractual obligations*. V. tekst Konvencije na engleskom, francuskom i njemačkom, Plender, *The European Contract Convention*, 1991. (dalje: Plender); v. Klasiček, *Rimska konvencija o mjerodavnom pravu za ugovore*, Zbornik PFZ, 48 (6) 617-641, 1998. (dalje: Klasiček, *Rimska konvencija*).

¹³ V. Hartley, *Mandatory Rules in International Contracts: the Common Law Approach*, *Recueil de Cours*, 1997., Vol. 266.

¹⁴ Bonomi, *Mandatory Rules*, str. 221.

dugotrajnih i napornih putovanja. Stoga predlaže davanje strankama slobode određivanja mjerodavnog prava za njihov ugovor.¹⁵ Otada se načelo autonomije, dakle pravo stranaka da za svoj ugovor odrede same mjerodavno pravo, razvijalo snažno sve tamo do unatrag dvadesetak godina kad je bila spremna za potpisivanje Rimska konvencija o kojoj će kasnije biti više govora.

Dakako, mnoga pitanja morala su biti temeljito raspravljena, npr. trebalo je u prvom redu dati odgovor na osnovno pitanje koje se odnosi na pravnu prirodu autonomije, zatim na eventualna ograničenja i razne uvjete koji moraju biti ispunjeni da bi ugovorne stranke mogle realizirati slobodu izbora mjerodavnog prava za ugovor.

Što se tiče prirode autonomije, ona se odnosi na pitanje temelja iz kojega autonomija proizlazi. Dva su moguća odgovora. Prvo, autonomija proizlazi iz samog sporazuma ugovornih stranaka, a drugo, autonomija proizlazi iz propisa koji dopuštaju autonomiju.

Dakako, danas prevladava stajalište da autonomija ima svoj temelj u propisu koji dopušta da stranke same odrede pravo koje će biti mjerodavno za njihov ugovor.¹⁶

Istina, postoji mišljenje da se pravna osnova autonomije nalazi u autonomnom međunarodnom trgovačkom pravu (*lex mercatoria*), ili u *jus gentium* ili u nekom drugom međunarodnom konsenzusu.¹⁷ Neki autori smatraju da je Institut za međunarodno pravo na svom zasjedanju u Baselu 1992. u preambuli rezolucije o autonomiji u međunarodnim ugovorima između privatnih osoba dao potporu takvom shvaćanju pravnog temelja autonomije koji proizlazi iz međunarodne razine.¹⁸ Riječ je o sljedećem tekstu u preambuli: "Considering that the autonomy of the parties is one of the fundamental principles of private international law: Recognizing that the autonomy of the parties has also been enshrined as a freedom of the individual in several conventions and various United Nations Resolutions".¹⁹ Izvjestitelj (prof. Jayme) za tu je rezoluciju

¹⁵ Charles Dumoulin (1500.-1566.). Više o tome: Batiffol/Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome I., 8.ed. 1993. (dalje: Batiffol/Lagarde, D.i.p.), str. 378 i dalje. Dumoulin je imao na umu ponajprije bračne ugovore. Više o tome NYGH, *Autonomy*, in *International Contracts*, Clarendon Press Oxford, 1999. (dalje: NYGH, *Autonomy*), str. 4.

¹⁶ Više o tome Nigh, *Autonomy*, str. 31 i tamo citirani autori.

¹⁷ Lowenfeld, *Party Autonomy: the Triumph of Practical Considerations*, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, 1996., str. 208 i dalje.

¹⁸ Nigh, *Autonomy* str. 36.

¹⁹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1992., vol. 64.-II., str. 208.

istaknuo da načelo autonomije ima svoj temelj u slobodi pojedinca koja je dio univerzalnog načela ljudskih prava i sloboda što proizlazi iz Opće deklaracije o ljudskim pravima od 10. prosinca 1948.²⁰

Čini se da je zaključak kako pravna osnova autonomije ima svoj temelj u nadnacionalnoj razini, ili u spomenutoj Općoj deklaraciji, možda malo presmion. Naime, unatoč nekim pokušajima u praksi da se autonomija smjesti u nadnacionalnu sferu, život pokazuje sasvim drugi smjer razvoja.²¹ Pravna osnova autonomije nedvojbeno je nacionalni zakon, što u praktičnom životu dokazuje postupanje sudova svih vrsta. Prije bi se moglo reći da je načelo slobode stranaka da izaberu pravo koje će biti mjerodavno za njihov ugovor postalo općeprihvaćeno i zato se može ustvrditi da je autonomija univerzalno načelo prihvaćeno od svih pravnih poredaka.

Danas se može reći da se načelo autonomije ne odnosi samo na ugovorni statut, već se sve više prihvaća i u drugim dijelovima međunarodnog privatnog prava.²² Načelo autonomije ulazi u bračnoimovinski statut²³, zatim u odnose skrbništva²⁴. Tome treba dodati područje nasljednog statuta²⁵, obiteljskog²⁶, pa čak i deliktne statuta²⁷. Dakako, autonomija izvan ugovornog statuta dosta je još ograničena i uglavnom je riječ o slobodi izbora nekog od alternativno predviđenih prava.

²⁰ Jayme, *Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts*, u: *Jahresheft Internationale Juristenverein Osnabrück*, 1991.-1992., osobito str. 21.

²¹ Bilo je takvih pokušaja na francuskim i belgijskim sudovima, v. *Messageries Maritime Case Cour de Cassation civ.* od 21. lipnja 1950.; *SA Antverpia protiv The City of Antwerp*, belgijski *Cour des cassation* od 24. veljače 1938., cit. prema: Rigaux/Fallon, *Droit intrnational privé*, 2 ed., Tome II., 1993. (dalje: Rigaux / Fallon, D.i.p. II.), str. 510.

²² Jayme, *Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne*, 251, *Receuil des cours* (1995-I) 9, str. 147-166.

²³ V. Hašku konvenciju o mjerodavnom pravu za bračnoimovinski statut, 1978., članci 3. i 6.

²⁴ V. Hašku konvenciju o mjerodavnom pravu za skrbništvo i priznanje skrbništva, 1985., članak 6.

²⁵ V. Hašku konvenciju o mjerodavnom pravu za oblik oporučnog raspolaganja, 1961., članak 1.

²⁶ Gannage, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, 81, *Rev. crit. de d.i.p.*, 1992., str. 425.

²⁷ North, *Choice in Choice of Law, Essays in Private International Law*, 1993., str. 171; Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo - izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava*, 1998., te izvrstan rad iste autorice: *Maritime Torts - New Conflicts Approach: Is it Necessary?* *Yearbook on Private International Law*, Kluwer and Swiss Institut of Comparative Law, Vol.I., 1999., str. 249-297, osobito 295.

U posljednjih pedesetak godina u Hrvatskoj se načelo autonomije razvijalo postupno. Tako Eisner, govoreći o ugovornom statutu, navodi:

“Kod obveza u obzir kao nadovezujuće okolnosti napose

- a) mjesto gdje je ugovor zaključen, što određuje, da je zakon (pravo) toga mjesta *lex loci contractus* mjerodavno pravo... ;
- b) mjesto ispunjenja ugovora, što određuje da je zakon (pravo) toga mjesta *lex loci solutionis* mjerodavno pravo;
- c) državljanstvo vjerovnika ili dužnika, što određuje da je domovinsko pravo (*lex patriae*) jednog ili drugog mjerodavno pravo;
- d) prebivalište (*domicil*) vjerovnika ili dužnika što određuje da je *lex domicilii* jednog ili drugog mjerodavno pravo.”²⁸

Pisac ne spominje pravo stranaka da za svoj ugovor izaberu mjerodavno pravo. Istina, autor poslije, u dijelu gdje komparativno obrađuje ugovorni statut i poveznice, konstatira da se u svijetu sve više prihvaća autonomija kao poveznica.

Zanimljivo je da svi autori u Hrvatskoj navode podjelu na tzv. materijalno-pravno i kolizijskopravno shvaćanje autonomije.²⁹ Znanstvenu, pa i praktičnu vrijednost podjele na materijalno-pravno i kolizijskopravno shvaćanje autonomije, možda, najzornije ilustrira Katičić kad kaže: “Tzv. materijalno-pravna autonomija ne vodi nas dakle ni za korak dalje od pravne situacije koja postoji već po općoj slobodi ugovaranja određenoj i ograničenoj u materijalnom pravu. I zašto onda uopće govoriti o nekoj autonomiji kao specifičnoj ustanovi međunarodnog privatnog prava?

Odatle moramo zaključiti da izrično dopuštenje autonomije stranaka, pod pretpostavkom da uopće ima neki pravni smisao, nužno i jedino izražava kolizijskopravnu autonomiju. A to znači dalje da se u svim pravima koja dopuštaju autonomiju tom formulom, određuje da će biti mjerodavni prinudni propisi izabranog a ne polaznog prava - ako se protivno ne kaže izričito. No ako se izrično pridržava mjerodavnost prinudnih propisa polaznog prava, autonomija

²⁸ Eisner, Međunarodno privatno pravo, I., 1953. (dalje: Eisner, MPPI.), str. 201.

²⁹ Eisner, MPP, I., str. 206 i dalje; Katičić, O pravnoj osnovi autonomije stranaka u međunarodnom privatnom pravu, u: Ogledi o međunarodnom privatnom pravu, 1971. (dalje: Ogledi) (dalje: Katičić, Autonomija), str. 214. Matić, Obvezno-pravni odnosi s međunarodnim, međurepubličkim i međupokrajinskim obilježjem, Obvezno pravo, redaktor Goldštajn, 2. izd. 1979. (dalje: Matić, Obvezno-pravni odnosi), str. 367.

postaje materijalnoppravna, tj. ona već i nije autonomija (u smislu međunarodnog privatnog prava) i ne treba je više ni spominjati.”³⁰

Za sada se s citiranim zaključkom treba složiti jer tzv. materijalnoppravna autonomija i nije nikakva autonomija u smislu autonomije u međunarodnom privatnom pravu. Naime, kad je riječ o takvoj vrsti autonomije, treba imati na umu da se radi o slobodi ugovaranja, dakle slobodi ugovornih stranaka da svoj ugovor ispune željenim sadržajem, a to mogu učiniti posredno da navedu pravo kojeg im sadržaj u konkretnom slučaju odgovara. Dakako, takva sloboda ugovaranja je neupitna u situacijama ugovornih odnosa koje nisu međunarodno obilježene kao i kod situacija ugovornih odnosa koje su međunarodno obilježene, dakle onih koje imaju vezu s dva pravna poretka ili više njih.

Ne dovodeći u pitanje činjenicu da se strano pravo u svakom slučaju primjenjuje kao pravo, treba priznati da je najnoviji razvoj shvaćanja autonomije stranaka za sada samo prividno zakomplicirao podjelu na kolizijskopravnu i materijalnoppravnu autonomiju. Stoga je nužno definirati bitne sastojke problema, o čemu će biti kasnije riječi.

Što se tiče pravne prirode autonomije, treba reći da svi autori u Hrvatskoj, bez iznimke, prihvaćaju stajalište da autonomija ima svoj temelj u polaznom pravu, a ne u sporazumu ugovornih stranaka.³¹

Od zakončkih propisa koji reguliraju autonomiju, povijesno gledano, prvi je na ovim prostorima odrškrinuo vrata autonomiji OGZ sa svojim paragrafima 36. i 37. Tu je predviđena autonomija samo za pravne poslove u kojima su obje stranke obvezane da jedna drugoj obave određene (naplatne) poslove i za njih je određeno da mogu izabrati pravo koje će biti mjerodavno ako je ugovor sklopljen u našoj zemlji između dvaju inozemaca ili u inozemstvu bar s jednim inozemcem.³²

Danas je u Hrvatskoj na snazi nekoliko zakonskih propisa koji reguliraju autonomiju. To su Zakon o obveznim i osnovnim materijalnopравnim odnosima u zračnoj plovidbi³³, Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima³⁴ i, najmlađi, hrvatski Pomorski zakonik³⁵.

³⁰ Katičić, Autonomija, str. 214.

³¹ V. bilješku 29.

³² Opći građanski zakonik, izd. 1955., redakcija M. Vuković.

³³ NN, 132/98. (dalje: ZOMZP), čl. 177.

³⁴ Preuzet iz zakonodavstva bivše SFRJ (Sl. list, 42/82. i 72/82.), NN, 53/91. (dalje: ZRSZ). Više o tome Šarčević, The new Yugoslav Private International Law Act, American Journal of Comparative Law (dalje: AJCL) XXXIII, 1985, 2, (dalje: Šarčević, YPILA), str. 283-296; Dika - Knežević - Stojanović, Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, 1991.

³⁵ NN, 17/94. (dalje: PZ)

Zasigurno su definicije o autonomiji u tim zakonima mogle biti preciznije, osobito kada je riječ o ZOMZP i Pomorskom zakoniku, jer su novijeg datuma. Naime, općenite formulacije, kao: "Na ugovore o plovidbenim odnosima primjenjuje se pravo koje su stranke izabrale"³⁶, nisu dovoljne jer sudove dovode u tešku situaciju za svako pitanje koje izlazi iz uobičajenog. Npr. pitanje mogućnosti stranaka da za pojedine dijelove ugovora uglave primjenu različitih prava (*depeçage*). Zatim, pitanje mogućnosti stranaka da naknadno uglave mjerodavno pravo i do kojeg trenutka je to moguće te mogućnost promjene mjerodavnog prava i opet pitanje do kojeg bi trenutka stranke to mogle učiniti.

3. JAVNI POREDAK I NAČELO AUTONOMIJE

Naprijed je općenito rečeno kako je zbog gotovo apsolutne primjene stranog prava koje je određeno kao mjerodavno, bilo kao posljedica upućivanja kolizijskog pravila, bilo kao posljedica izbora ugovornih stranaka, jedina i posljednja zaštita domaćih interesa bio institut javnog poretka. Na pitanje je li opravdano da javni poredak bude jedina zaštita domaćih interesa od neželjenih učinaka primjene stranog prava određenog izborom ugovornih stranaka možda će biti lakše odgovoriti ako se podsjetimo glavnih odrednica instituta javnog poretka.

Jedna od temeljnih karateristika javnog poretka sastoji se u tome da se primjenjuje iznimno.³⁷ Znači da se institut javnog poretka iznimno primjenjuje i na taj se način ne prihvaća primjena stranog prava koje je postalo mjerodavno na temelju upućivanja domaćeg kolizijskog pravila. Do neprimjene stranog prava, pozivom na javni poredak, dolazi zbog toga što bi učinak primjene konkretnog stranog prava mogao narušiti neku od temeljnih vrednota domaćeg pravnog ili političkog poretka.

³⁶ Članak 995. PZ.

³⁷ Batifol/Lagarde, D.i.p., str. 569, Loussouarn/Bourel, Droit interantional privé, 4. izd. 1993. (dalje: Loussouarn/Bourel, D.i.p.), str. 272.

North/Fawcett, Cheshire and North's Private International Law, 12. ed., 1992. (dalje: North / Fawcett, Pil.) str. 128 i dalje; Dicey / Morris, str. 81. i dalje; Eisner, MPP, str. 73; Katičić, Međunarodno privatno pravo, 1976. (dalje: Katičić, MPP) str. 42; Kegel, Internationales Privatrecht, 7. izd., 1995. (dalje: Kegel, IPR.) str. 373; Sajko, MPP, str. 176; Šarčević, YPILA), str. 285 i dr.; Klasiček - Puljko, Javni poredak i njegova zaštita, Pravni vijesnik Pravnog fakulteta u Osijeku, 2002., br. 3-4 (dalje: Klasiček - Puljko, Javni poredak).

U teoriji se također ističe načelo relativnosti javnog poretka.³⁸ Gledanje na pojedine vrednote, dakako, podložno je društvenom razvoju, a to znači i promjenama. Stoga se u pravilu institut javnog poretka ne definira precizno. Određuje se općenitim pojmovima, a forum primjene (sud ili neko drugo tijelo) ispunjava definiciju konkretnim i preciznim sadržajem. Zato se i kaže da je odredba koja se odnosi na javni poredak blanketno pravilo koje ispunjava forum u konkretnom slučaju. Naime, države se ne žele vezati za određenu preciznu definiciju koju bi trebalo katkada mijenjati u relativno kraćim vremenskim razmacima. Od prvih početaka, kad se javila svijest o potrebi postojanja instituta koji bi omogućio da se strano pravo ne primijeni u konkretnom slučaju jer bi učinak takve primjene mogao narušiti temeljne vrijednosti domaćeg poretka, glavna funkcija instituta javnog poretka jest neprimjena stranog prava. Od ranih statutaraca koji su uveli termin "*statuta odiosa*" i na taj način odredili da takvi statuti vrijede samo na teritoriju za koje su doneseni, preko Hubera, Savignya i Mancinija, pa sve do današnjih dana, uvijek se pozivom na javni poredak odbija primjena neprikladnog stranog prava ili prihvatanje učinaka primjene takvog prava.

Kad je riječ o javnom poretku, treba pojasniti da javni poredak neke zemlje predstavlja skup najznačajnijih temeljnih pravnih, moralnih i političkih načela koja određuju pravnu i demokratsku fizionomiju te države. S druge strane, institut javnog poretka je institut međunarodnog privatnog prava koji omogućuje forumu da ne primijeni ili ne prizna učinke neprihvatljivog stranog prava. Dakle, što je više jačala potreba primjene stranog prava na rješavanje međunarodno obilježenih situacija, bila je sve prisutnija potencijalna opasnost da se sud ili drugo tijelo primjene suoči s činjenicom da mora primijeniti neprikladno strano pravo koje bi moglo narušiti temeljne vrednote domaćeg poretka. Stoga se može reći da je istodobno s razvojem međunarodnog privatnog prava morao jačati i mehanizam koji bi legalno omogućivao neprimjenu neprikladnog stranog prava. Dakako, to je institut javnog poretka koji je, sa svojom svrhom zaštite, ujedno i omogućio bjanko prihvatanje primjene stranog prava.

I na kraju, mehanizam se može pojednostavljeno opisati tako da se javni poredak neke zemlje štiti u međunarodnom privatnom pravu uz pomoć instituta

³⁸ Batiffol / Lagarde, D.i.p. str. 575; Dicey / Morris, str. 81; Kegel, IPR, str. 373; Loussouarn / Bourel, D.i.p., str. 276; Rigaux, Droit international privé, Tome I., 1987. (dalje: Rigaux, I), str. 347.

javnog poretka.³⁹ No, često se termin "javni poredak" koristi u oba navedena značenja.

Naprijed je postavljeno pitanje može li samo institut javnog poretka pružiti zadovoljavajuću i prikladnu zaštitu domaćim interesima od neželjenih učinaka primjene stranog prava, određenog izborom ugovornih stranaka. Prije nego se pokuša odgovoriti, zasigurno treba konstatirati jednu istinu. Riječ je o tome da je svaki izbor mjerodavnog prava, učinjen od ugovornih stranaka, negacija temeljnog načela međunarodnog privatnog prava, načela koje nalaže da se na svaku međunarodno obilježenu situaciju koja se rješava primijeni pravo s kojim je ta situacija u najbližoj vezi. Naime, kada to ne bi bilo tako, po logici stvari, stranke ne bi trebale ugovarati primjenu prava s kojim je njihov ugovor u najbližoj vezi, jer bi se to pravo ionako primijenilo. Nepobitna je činjenica da stranke uvijek izabiru pravo (*lex causae*) koje nije u najbližoj vezi s njihovim ugovorom ili s njim izabrano pravo nema nikakvu vezu. Ta činjenica opravdano pretpostavlja brojniju mogućnost potrebe da se na određeni način intervenira u smislu zaštite domaćeg interesa. Takav zaključak nameće se po naravi stvari. Primjena najbližeg prava predstavlja primjenu najprikladnijeg prava. Svako drugo pravo može biti samo manje prikladno ili neprikladno. Dakako, logično je zaključiti da primjena neprikladnog prava može izazvati više problema nego primjena najprikladnijeg prava, koje bi, u pravilu, trebalo biti najbliže pravo.⁴⁰

Kad se sve navedeno uzme u obzir, odgovor na postavljeno pitanje, je li institut javnog poretka dovoljna zaštita domaćim interesima, može biti samo negativan. Sa svojim značajkama javni poredak nije dovoljna zaštita domaćim interesima osobito onima koji možda ne spadaju u temeljne vrednote domaćeg poretka. Takvi interesi mogu se odnositi na neka prava potrošača ili zaposlenika ili uopće slabije strane u nekom ugovornom odnosu.

Institut javnog poretka sa svojim iznimnim karakterom ne može udovoljiti zahtjevu za relativno brojnijom primjenom u situacijama koje i nisu od temeljnog državnog interesa, a značajka relativnosti i nedefiniranog sadržaja zasigurno može uroditi pravnom neigurnosti u mjeri većoj nego bi se to moglo prihvatiti u ugovornim odnosima.

Tome treba dodati i konstataciju da situacija u kojoj sud ili drugo nadležno tijelo jedne države odbija primjenu prava druge države pozivom na javni poredak

³⁹ Slično Varadi, Bordaš, Knežević, Međunarodno privatno pravo, 5. izd., 2001., str. 134.

⁴⁰ Klasiček, Primjena stranog prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2001., br. 3-4 (dalje: Klasiček, Primjena stranog prava).

ne spada u situacije koje pogoduju razvoju dobrih i prijateljskih odnosa. Jedan autor kaže: "There is, understandably, a reluctance to hold that a foreign law as a such is contrary to public policy".⁴¹

U radovima starijih autora dosta je široko prihvaćena podjela na tzv. pozitivno i negativno djelovanje javnog poretka ili na pozitivnu i negativnu funkciju javnog poretka. Podjela koju je začeo Savigny i kasnije Mancini preuzeta je u Francuskoj i prihvaćena od starijih pisaca u Njemačkoj.⁴²

Tzv. pozitivna funkcija određuje primjenu domaćeg, dakle polaznog prava. Na primjer, odredba članka 32. ZRSZ primjer je tzv. pozitivne funkcije javnog poretka: "U pogledu uvjeta za sklapanje braka mjerodavno je za svaku osobu pravo države čiji je ona državljanin u vrijeme stupanja u brak.

I kad postoje uvjeti za sklapanje braka po pravu države čiji je državljanin osoba koja želi sklopiti brak pred nadležnim organom Republike Hrvatske, neće se dopustiti sklapanje braka ako, što se tiče te osobe, postoje po pravu Republike Hrvatske smetnje koje se odnose na postojanje ranijeg braka, srodstvo i nesposobnost za rasuđivanje".⁴³ Ili primjer iz Pomorskog zakonika Republike Hrvatske koji u članku 995. određuje: "Na ugovore o plovidbenim odnosima primjenjuje se pravo koje su stranke izabrale". Međutim, odredba članka 996. kaže: "Iznimno od odredbe članka 995. ovog Zakona primjenjuje se na ugovore o iskorištavanju broda ovaj Zakon:

1. na odgovornost broдача, za oštećenje, manjak ili gubitak tereta, predviđenu odredbama ovog Zakona, čija se primjena ne može isključiti sporazumom stranaka, ako se luka ukrcaja ili odredište nalazi u Republici Hrvatskoj;
2. ako bi putnik primjenom drugog prava bio stavljen u nepovoljniji položaj nego prema odredbama ovog Zakona.

Sporazum sklopljen protivno odredbama stavka 1. ovog članka nema pravni učinak."⁴⁴

Predma citirane odredbe imaju svrhu zaštite nekih od temeljnih vrednota našeg poretka, osobito odredba članka 32. ZRSZ, teško je prihvatiti tvrdnju da

⁴¹ Dycey / Morris, str. 82.

⁴² Arminjon, *Précis de droit international privé*, I., 1947., str. 219; Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 1928., str. 559; Raape, *International Privatrecht*, 1950., str. 60; također: Sajko, *Međunarodno privatno pravo*, IV. izd., 2005., str. 259.

⁴³ V. bilješku 33.

⁴⁴ V. bilješku 34.

te vrednote štitimo uz pomoć instituta javnog poretka, odnosno uz pomoć pozitivne funkcije javnog poretka. Riječ je naprosto o tome da takvo pozitivno djelovanje u smislu zaštite ne odgovara niti jednom zahtjevu, dakle nema niti jednu bitnu karakteristiku instituta javnog poretka.

Naprijed je rečeno da je osnovno svojstvo instituta javnog poretka da se primjenjuje iznimno. S druge strane, primjena citiranih odredaba ostvaruje se bezuvjetno i beziznimno uvijek kad se dogodi predviđena situacija.

Također, nije upitno da je javni poredak apstraktan, jer nije nikada precizno definiran. Sadržajem ga konkretizira tijelo primjene, stoga se ističe njegova relativnost.⁴⁵ Primjena domaćih propisa koja bi prema navedenoj podjeli spadala u tzv. pozitivno djelovanje javnog poretka događa se uvijek apsolutno kao kod svih drugih propisa neposredne primjene.

S druge strane, negativno djelovanje instituta javnog poretka temeljni je način ostvarivanja njegove zaštitne funkcije domaćeg javnog poretka. Naime, svako opisivanje pojma instituta javnog poretka polazi od negativne funkcije, tj. od iznimne neprimjene stranog prava, odnosno neprihvatanja učinka primjene stranog prava kad se radi o neprikladnom propisu ili njegovim učincima. Negativno djelovanje instituta javnog poretka proteže se i na nepriznavanje strane presude ili dokumenta izdanog od javnog tijela ako bi takvi akti vrijeđali temeljne vrednote domaćeg poretka.⁴⁶

Može se zaključiti da institut javnog poretka ispunjava svoju zaštitnu svrhu jedino kroz svoju negativnu funkciju i negativno djelovanje. To bi ujedno značilo da ne postoji tzv. pozitivna funkcija odnosno pozitivno djelovanje javnog poretka.

4. OPĆENITO O PRISILNIM PROPISIMA

Skupina propisa koju nazivamo prisilni propisi (prinudni) ili *ius cogens* prilično je brojna. Istina, u nekim granama prava svi su propisi prisilni (ustavno pravo, kazneno i sl.), dok je broj prisilnih propisa u ugovornom statutu znatno manji. Dakako, prisilni propisi nemaju svi jednak značaj.

Za potrebe ovog izlaganja prisilni propisi mogli bi se podijeliti u dvije kategorije. U prvu bi se moglo svrstati prisilne propise koji su to po strukturi i

⁴⁵ Jayme, Methoden der Konkretisierung des Ordre Public im IPR, 1988.

⁴⁶ Rigaux, D.i.p. I., str. 344.

namjeni zakonodavca. Npr. članak starog Zakona o obveznim odnosima određuje: "Pravo prvokupa pokretnih stvari ne može se ni otuđiti ni naslijediti, ako zakonom nije drugačije određeno".⁴⁷

S druge strane sigurno je sasvim drugi značaj prije citiranog članka 32. ZRSZ kad određuje da unatoč činjenici što po domovinskom pravu osobe koja želi sklopiti brak postoje uvjeti za njegovo sklapanje, neće se dopustiti njegovo sklapanje ako po pravu Republike Hrvatske "postoje smetnje koje se odnose na postojanje ranijeg braka, srodstva i nesposobnosti za rasuđivanje".⁴⁸ Razlika u značaju između članka 529. ZOO i članka 32. ZRSZ je očita. Članak 529. ZOO može sutra biti izmijenjen bez ikakvih teškoća. Značaj takvih prisilnih propisa još je uočljiviji u slučaju zakonske odredbe članka 531. ZOO koji određuje da trajanje prava prvokupa ne može prijeći rok od pet godina, dok članak 533. t. 2. određuje da trajanje zakonskog prava prvokupa nije ograničeno. Naprotiv, kad je riječ o članku 32. ZRSZ, sigurno u Europi nema zakonodavca koji bi se usudio bitno drugačije definirati sadržaj te odredbe. Naime, mijenjanje navedenog sadržaja značilo bi mijenjanje odnosa određenog zakonodavca prema temeljnim odrednicama europske civilizacije. Kad je riječ o ugovornom statutu i o autonomiji stranaka, dakle o pravu stranaka da izaberu mjerodavno pravo za svoj ugovor, odredaba članka 371. ZOO koji određuje apsolutni rok zastare od pet godina, ili članak 376. ZOO koji određuje rok zastare od tri godine za potraživanja naknade štete, sigurno ne spadaju u temeljne vrednote hrvatskog javnog poretka.

No, uglava o tome da se stranke obvezuju ispunjavati ugovor suprotno članku 21. stavku 2. ZOO, koji nalaže da se sudionici u obveznim odnosima moraju pridržavati dobrih poslovnih običaja, zasigurno bi bila u kategoriji prisilnih propisa kojih bi povrede zadirale u temeljne vrednote hrvatskog pravnog poretka. Jednako vrijedi za članak 103. ZOO koji određuje ništavnost ugovora zbog protivnosti moralu.⁴⁹

Može se reći da se u internom pravnom prometu svi prisilni propisi moraju primijeniti, dakle moraju se poštovati. U međunarodnom privatnom pravu pri rješavanju situacija koje su međunarodno obilježene tijelo primjene primjenjuje strano pravo kao pravo, što znači da primjenjuje i prisilne propise stranog

⁴⁷ Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN, 53/91. (dalje: ZOO). Jednako članak 451. novog ZOO.

⁴⁸ V. bilješku 33.

⁴⁹ Članak 21. starog ZOO jednak je članku 12. novog ZOO, a članak 103. starog ZOO jednak je članku 322. novog ZOO.

prava. No, unatoč tome, tijelo primjene primijenit će svoje prisilne propise koji spadaju u domaći javni poredak.

Iz svega se može izvesti zaključak da u mehanizmu funkcioniranja međunarodnog privatnog prava postoji kategorija prisilnih propisa koji imaju funkciju zaštite domaćeg javnog poretka zbog čega ih tijelo primjene mora primjenjivati zajedno s odredbama *lex causae*. Istodobno postoji kategorija prisilnih propisa koji nemaju zaštitnu funkciju, pa tijelo primjene takve prisilne propise primjenjuje u okviru stranog mjerodavnog prava zajedno s ostalim propisima koji čine *lex causae*. Dakako, u unutrašnjem pravnom prometu takvi se prisilni propisi domaćeg prava moraju poštovati.⁵⁰

5. ZADAĆA PRISILNIH PROPISA U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

Prisilni propisi koji ulaze u kategoriju prisilnih propisa s kojima zakonodavci uređuju odnose koji ne spadaju u temeljne vrednote i ne čine domaći javni poredak za međunarodno privatno pravo značajni su jedino u mjeri u kojoj predstavljaju sadržaj mjerodavnog prava.

Kad je riječ o drugoj kategoriji prisilnih propisa, dakle onih kojima zakonodavci uređuju odnose koji predstavljaju temeljne vrijednosti javnog poretka u određenoj državi, njihovo značenje za međunarodno privatno pravo je veće i višestruko složenije. Najvažnija zadaća prisilnih propisa koji spadaju u tu grupu jest zaštita javnog poretka, dakle zaštita temeljnih vrijednosti društva. Taj zadatak zaštite odnosi se na zaštitu domaćeg javnog poretka, na zaštitu javnog poretka *lex causae* i na zaštitu prava države s kojom je situacija koja se rješava u najbližoj vezi ako to pravo nije ujedno *lex causae*, dakle određeno uglavom stranaka. U prvom i trećem navedenom slučaju prisilni propisi imaju prevagu nad kolizijskim pravilom i uglavom stranaka.⁵¹ Neki autori smatraju da se prisilni propisi uzajamno više dopunjavaju s kolizijskim pravilima nego što se isključuju. To stoga što su prisilni propisi slični kolizijskima jer i jedni i drugi imaju osobinu upućivanja na određeno pravo.⁵²

⁵⁰ Više o tome v. Klasiček, Prisilni propisi u međunarodnom privatnom pravu, Pravni vjesnik Pravnog fakulteta u Osijeku, 2000., br. 3-4 (dalje: Klasiček, Prisilni propisi).

⁵¹ Nigh, *Autonomy*, str. 202.

⁵² Guedj, *The Theory of the Lois de Police, A Functional Private International Law - A Comparative Analysis With Modern American Theories*, AJCL, XXXIX, 1991., 4 (dalje:

Na pitanje isključuju li ti propisi djelovanje kolizijskih pravila i jesu li time negacija međunarodnog privatnog prava, u ovom trenutku teško je dati decidan odgovor. No, sa sigurnošću se može ustvrditi da prisilni propisi u međunarodnom privatnom pravu, utemeljeni na opravdanosti svrhe koju ispunjavaju, dopunjuju kolizijska pravila i time su njihov određeni korektiv. Dakako, treba reći da prisilni propisi u međunarodnom privatnom pravu ujedno ograničavaju slobodu stranaka da izaberu mjerodavno pravo za svoj ugovor.⁵³

Kad je riječ o svrsi prisilnih propisa, Vischer kaže da oni uključuju: "the regulation and control of the market and the national economy (antitrust laws, import and export restrictions), the protection of national interest in landed property (prohibition of acquiring landed property by foreigners, protection of farmland), the protection of monetary resources (safeguard of the balance of payment), the control of the securities market (regulations for takeovers, duty of disclosing of controlling participations), the protection of environment or of labour (limitation of working hours) etc".⁵⁴

Također ovdje ima mjesto dio prisilnih propisa koji štite ekonomski slabiju ugovornu stranu kod potrošačkih ugovora, zatim ugovora o radu i sl.⁵⁵ Objektivno gledajući, postoji opasnost da se taj dio prisilnih propisa u pojedinim državama neopravdano proširi.⁵⁶ Za sada, nakon iskustva primjene u praksi švicarske kodifikacije međunarodnog privatnog prava koja je najdalje otišla u određivanju primjene prisilnih propisa trećih država, ne može se reći da se sudovi pretjerano koriste takvim mogućnostima.

Korisno bi bilo tu kategoriju prisilnih propisa terminološki odrediti. Naime, u uvodnim napomenama navedene su neke zemlje koje imaju terminološki određene prisilne propise koji su u funkciji zaštite domaćeg javnog poretka, dok u Hrvatskoj teoriji, a ni u zakonodavstvu, to još nije učinjeno. Pisac predlaže, do pronalaženja boljeg i adekvatnijeg termina, da se koristi naziv *zaštitni prisilni propisi*.⁵⁷

Guedj) str. 675; Bonomi, Mandatory Rules, str. 226; Koppenol - Laforce, ed. International Contracts, 1996. (dalje: Koppenol - Laforce) str. 139.

⁵³ Bonomi, Mandatory Rules, str. 226.

⁵⁴ Vischer, General Course on Private International Law, 238, Recueil des cours, 1992., 9. (dalje: Vischer, General Course on PJI), str. 157.

⁵⁵ Suprotno Nigh, Autonomy, str. 204.

⁵⁶ Lagarde, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention du Rome du 19 juin 1980., Rev. crit. de d.i.p. 80, 1991., str. 325.

⁵⁷ Jednako Vischer, General Course on PJI, str. 160; Klasiček, Primjena stranog prava, str. 544.

S obzirom na značenje engleskog jezika danas u svijetu, možda bi se mogao koristiti i u Hrvatskoj engleski termin *mandatory rules*.⁵⁸ I to rješenje nije bez teškoća, jer u engleskoj teoriji taj termin nije sasvim definiran. Izgleda kao da se pisci izvan engleskog govornog područja više bave engleskom terminologijom nego engleski autori: spominju se termini *internationally mandatory rules* i *special mandatory rules*.⁵⁹

6. PRIMJENA ZAŠTITNIH PRISILNIH PROPISA

Moguća potreba da se primijene zaštitni prisilni propisi može se dogoditi u tri različite situacije.⁶⁰ Prvo, zaštitni prisilni propisi mogu biti dio domaćeg prava (*lex fori*). Drugo, ti propisi mogu biti dio mjerodavnog prava (*lex causae*) određenog izborom ugovornih stranaka. I treće, kad je riječ o propisima koji nisu dio *lex fori* niti *lex causae*, već su dio pravnog poretka koji je u najužoj vezi sa situacijom koja se rješava. Prvi i drugi slučaj su uobičajene situacije. U prvom slučaju bezuvjetno se primjenjuju domaći zaštitni propisi bez obzira na to što o istom pitanju određuje strano pravo (*lex causae*). U drugom slučaju, kad su zaštitni prisilni propisi dio *lex causae* i kada je *lex causae* strano pravo određeno domaćim kolizijskim pravilom ili uglavnom ugovornih stranaka, takve će propise primijeniti domaći forum ako nisu u protivnosti s domaćim javnim poretkom ili ako ne postoji domaći zaštitni prisilni propis (dakle, u jednakoj kategoriji) koji za jednake situacije predviđa drugačije rješenje od onoga što predviđa takav strani propis. Treća situacija u kojoj je moguća primjena zaštitnih prisilnih propisa pravnog poretka države koji nije ni *lex fori* niti *lex causae* bila je teško zamisliva prije Rimske konvencije i osobito prije stupanja na snagu ŠZMPP iz 1988. godine, koji je u članku 19. predvidio takvu mogućnost. Spomenuti članak određuje: "Umjesto prava određenog ovim zakonom može se uzeti u obzir odredba nekog drugog prava koja će se prisilno primijeniti ako prema švicarskom pravnom shvaćanju to zahtijevaju legitimni i očito pretežni interesi i ako je predmet usko povezan s tim pravom. Hoće li se takva odredba uzeti u

⁵⁸ V. bilješku 13.

⁵⁹ von Overbeck, The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law, Yearbook on Private International Law, Kluwer and Swiss Institute of Comparative Law, Vol. I, 1999. (dalje: von Overbeck, Swiss Statut on P.I.L.), str. 120.

⁶⁰ von Overbeck, Swiss Statut on P.I.L., str. 121; Bonomi, Mandatory Rules, str. 223.

obzir, ovisi o njezinoj svrsi i posljedicama takve primjene na odluku koja treba biti u skladu sa švicarskim pravnim shvaćanjem.”⁶¹

Utjecaj članka 7. stavka 1. Rimske konvencije na članak 19. ŠZMPP nedvojbena je. To što članak 19. ima više ograda razumljivo je s obzirom na ograničen krug država članica Rimske konvencije jednakog ili sličnog civilizacijskog i pravnog kruga, gdje je lakše prihvatiti delikatniju odredbu o primjeni prava jedne od članica. S druge strane, nacionalna kodifikacija o međunarodnom privatnom pravu određuje moguću primjenu prava gotovo neograničenog broja država, što može proizvesti vrlo problematične situacije u praksi i često pozivanje na institut javnog poretka. Unatoč tome dosadašnja praksa pokazuje skladnu i razumnu primjenu zaštitnih prisilnih propisa trećih država u radu švicarskih sudova.⁶²

7. INSTITUT JAVNOG PORETKA U ODNOSU PREMA ZAŠTITNIM PRISILNIM PROPISIMA

Iz svega što je rečeno o zaštitnim prisilnim propisima i institutu javnog poretka mogu se izvesti određeni zaključci o njihovom uzajamnom odnosu.

Zajednička im je jedino svrha, dakle zaštitna funkcija temeljna je svrha zaštitnih prisilnih propisa i instituta javnog poretka. Međutim, u ostvarivanju te funkcije postoje značajne razlike. Prevladava stajalište u kontinentalnim pravima da institut javnog poretka štiti samo vlastiti javni poredak.⁶³ To znači da je njegova zaštitna funkcija mnogo uža od zaštitnih prisilnih propisa, jer se oni primjenjuju i kao dio *lex causae* i kao dio stranog prava treće države. Kako se moglo razabrati iz sadržaja članka 19. ŠZMPP, moguća je situacija kad će se na isti slučaj istodobno primijeniti zaštitni prisilni propisi *lex fori*, zatim *lex causae* kad je ona istovremeno i *lex autonomiae*, što znači da je određena izborom ugovornih stranaka. Ostaje mogućnost istovremene primjene zaštitnih prisilnih propisa treće države kad je pravo te države najuže povezano sa situacijom koja se rješava. Dakako, u navedenoj konstrukciji riječ je o različitim zaštitnim prisilnim propisima koji mogu rješavati različita pitanja povezana sa situacijom koja se rješava.

⁶¹ V. kritike na taj članak u: Mann, *Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im Internationalen Privatrecht*, Festschrift für Günther Beizke, 1979., str. 607; Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 3. izd., 1997. (dalje: Kropholler, IPR) str. 444.

⁶² Opširnije von Overbeck, *Swiss Statut on P.I.L.*, str. 124.

⁶³ Batiffol / Lagarde, *D.i.p.*, str. 41; Kropholler, IPR, 36 VII.

U francuskoj teoriji ističe se razlika između instituta javnog poretka i zaštitnih prisilnih propisa. Ako se javni poredak promijeni, posljedica toga može biti ništavnost ili valjanost određenog odnosa ili subjektivnog prava, dok kod promjene zaštitnih prisilnih propisa na scenu stupaju završne i prijelazne odredbe odnosnog propisa.⁶⁴ Značajnom razlikom smatra se činjenica što institut javnog poretka ima čisto defanzivnu mjeru protiv određenog učinka primjene stranog prava određenog kolizijskim pravilom ili izborom ugovornih stranaka, dok se zaštitni prisilni propisi moraju primijeniti neovisno o sadržaju stranog prava. To znači da se institut javnog poretka primjenjuje tek nakon što je strano pravo određeno, a zaštitni prisilni propisi domaćeg prava primjenjuju se prije određivanja mjerodavnog prava.⁶⁵

Bonomi analizira na zanimljiv način zaštitne prisilne propise i naglašava da je normalan njihov efekt u tome što se oni primjenjuju zajedno s propisima stranog prava određenog kolizijskim pravilom. Jedino u slučaju njihove inkompatibilnosti nastaje stvarni sukob kojeg je posljedica neprimjena stranog propisa. Do navedenog sukoba može doći jedino nakon što je moguće usporediti domaći zaštitni prisilni propis sa stranim, a to je moguće tek nakon što je *lex causae* određena. U takvim slučajevima zaštitni prisilni propisi djeluju jednako kao institut javnog poretka. Dalje, isti pisac zaključuje da je razlika između zaštitnih prisilnih propisa i instituta javnog poretka suptilna i sastoji se u tome što zaštitni prisilni propisi autonomno određuju svoju primjenu, dok se institut javnog poretka ne primjenjuje direktno, već se protivi neprikladnom stranom propisu. Upravo zbog te razlike nije uvijek lako odrediti koje će pravo ili propis biti primijenjeni nakon intervencije instituta javnog poretka i isključivanja primjene stranog prava.⁶⁶

Već je rečeno da institut javnog poretka nije dovoljna zaštita domaćem javnom poretku, a pogotovo ne stranom javnom poretku koji može biti dio *lex cause* ili najbližeg prava. To stoga što sa svojim negativnim djelovanjem može imati učinak da se ne primijeni neprihvatljivo strano pravo i da se ne priznaju učinci takvog stranog prava. Da to nije dovoljno, pokazuju odredbe spomenutih članaka 32. ZRSZ, 996. ZP, 21., 103. i sl. ZOO koji se moraju primijeniti i kad se primjenjuje strano pravo. Naime, katkada nije dovoljna neprimjena stranog prava, jer zakonodavac određene države ima upravo interes da se nekom sadržaju

⁶⁴ Batiffol / Lagarde, D.i.p., str. 41.

⁶⁵ Guedj, str. 680.

⁶⁶ Bonomi, Mandatory Rules, str. 230.

pristupi pozitivno, tj. da se uredi na određeni način, što se može postići primjenom adekvatnog propisa.

8. RIMSKA KONVENCIJA O MJERODAVNOM PRAVU ZA UGOVORE

Rimska konvencija nedvojbeno je dokument koji je zadao najteži udarac načelu autonomije, jer je odredbom članka 7., za sada makar teorijski, uređeno prvo značajnije ograničenje u, moglo bi se reći, univerzalno načelo slobode ugovornih stranaka da za svoj ugovor odrede mjerodavno pravo.⁶⁷

Otvorena za potpisivanje u Rimu 19. lipnja 1980. predstavlja logičan nastavak Briselske konvencije o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 27. rujna 1968. Stupila je na snagu 1. veljače 1973.⁶⁸

Rimska konvencija izvorno je napisana na francuskom, njemačkom i engleskom jeziku, međutim službeni su tekstovi također tekstovi na jezicima svih država članica koje su ratificirale Konvenciju u okviru Europske unije. Konvencija se odnosi na ugovorne obveze koje imaju vezu s pravima više država.⁶⁹ U članku 1. stavku 2. navedeni su ugovori koji ne spadaju u polje primjene Konvencije. Riječ je o ukupno deset tipova ugovora, i o nekim drugim pitanjima koja su izuzeta iz polja primjene Konvencije.⁷⁰ Za tumačenje Konvencije značajno je Giuliano/Lagardeovo izvješće u kojemu su komentirane sve odredbe.⁷¹

Središnja odredba je odredba članka 3. stavka 1. a odnosi se na slobodu ugovornih strana da uglavnom mogu odrediti mjerodavno pravo za svoj ugovor.

⁶⁷ Više o tome Klasiček, Rimska konvencija o mjerodavnom pravu za ugovore, Zbornik Pravnog fakulteta u Osijeku, 1998., br. 6. (dalje: Klasiček, Rimska konvencija)

⁶⁸ Više o tome: Collins, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982.*, 1983.; Hartley, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 1984.; Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, 1987.

⁶⁹ Članak 1. određuje: "The rules of this convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries."

⁷⁰ Iscrpnije o tome North / Fawcett, *PIL*, str. 469.

⁷¹ Mario Giuliano (profesor na Sveučilištu u Milanu) napisao je uvod i komentar članaka 1., 3.-8.10., 12. i 13. Paul Lagarde (profesor na Sveučilištu Pariz I) napisao je komentar za članke 2., 9., 11., 14.-33. *V. Official Journal*, N. 266. od 9. listopada 1980. (dalje: Giuliano / Lagardeovo izvješće).

Giuliano/Lagarde u svom izvješću navode da je Konvencija samo “reafirmirala” načelo prihvaćeno u međunarodnom privatnom pravu najvećeg broja država.

U članku 3. stavka 2. Konvencija je omogućila strankama da i nakon stupanja ugovora na snagu mijenjaju svoju uglavu o mjerodavnom pravu. Treba dodati da promjena mjerodavnog prava nakon stupanja ugovora na snagu ne utječe na pitanje njegove valjanosti i na prava trećih.⁷² Zapravo ovdje je riječ o sukobu zakona u vremenu, pa se može postaviti pitanje kako reagirati na situaciju ako bi ugovor prema prije važećem pravu bio nevaljan, a po novom izboru i novom mjerodavnom pravu bio bi valjan. Je li kasniji izbor i novo pravo konvalidiralo ugovor ili se može smatrati da je na temelju novog mjerodavnog prava nastao novi ugovor? Dakako, moguće je i obrnuto postavljeno pitanje.

Premda članak 18. Konvencije govori da pri tumačenju odredba treba voditi računa o njihovom međunarodnom značenju i želji o postizanju ujednačenog tumačenja, nacionalna tijela primjene u okviru Europske unije tumačit će Konvenciju prema svojim interesima, prema tradiciji, povijesnom razvoju, školama kojima pripadaju i sl.

Odredba članka 4. stavka 1. određuje primjenu prava države s kojim je ugovor najuže povezan ako su stranke propustile ugovoriti mjerodavno pravo. Ne navodi se najbliži pravni poredak, već pravni poredak države s kojom je ugovor najuže povezan. Do stupanja Rimske konvencije na snagu za englesko pravo vrijedilo je stajalište mjerodavnosti pravnog sustava koji s ugovorom ima “*closest and most real connection*”⁷³, za francusko i belgijsko pravo vrijedila je tzv. teorija lokalizacije⁷⁴, a u njemačkom pravu predmnijevala se volja stranaka “*hypothetischer Parteiwille*”⁷⁵. Talijansko pravo određivalo je poveznicu za svaki tip ugovora.⁷⁶ Stavak 2. istog članka određuje da ugovor (osim potrošačkih ugovora) ima najbližu vezu s državom u kojoj u vrijeme sklapanja ugovora stranka koja obavlja karakterističnu radnju ima redovno boravište odnosno stvarno sjedište (*Central administration, administration centrale, Hauptverwaltung*) ako je riječ o pravnoj osobi ili udruzi. Giuliano/Lagarde opisuju karakterističnu radnju kao onu koja ispunjava

⁷² V. Klasiček, Rimska konvencija, str. 627.

⁷³ Dicey / Morris, *The Conflict of Laws*, 11, 1987., str. 1161-2.

⁷⁴ Batiffol / Lagarde, *D.i.p.*, 7., 1982., str. 236. Usp. rješidbu pariškog suda u *Rev. Crit De d.i.p.*, 1955., str. 330.

⁷⁵ Kegel, *I.P.R.*, str. 488. V. sudske rješidbe navedene u: Reithmann, *Internationales Vertragsrecht*, 3, 1980., str. 42.

⁷⁶ Vitta, *Diritto internazionale privato*, 1975., III., str. 229.

neku gospodarsku ili socijalnu svrhu.⁷⁷ Premda i onaj tko plaća obavlja određenu gospodarsku svrhu, plaćanje je uvijek plaćanje i nema karakteristično svojstvo tako da se redovno boravište ili stvarno sjedište pravne osobe ili udruge koja obavlja plaćanje ne smatra karakterističnom radnjom.

Kad je riječ o zaštitnim prisilnim propisima Konvencije, treba navesti i odredbe članka 5. koje propisuju da se unatoč uglavi stranaka o mjerodavnom pravu kod potrošačkog ugovora potrošaču ne smije oduzeti zaštita koju mu daju zaštitni prisilni propisi države u kojoj on ima redovno boravište. To isto vrijedi prema odredbi članka 6. za ugovore o radu gdje se štiti posloprimatelj.

Nedvojbeno najkontroverznija i najviše napadana i citirana odredba konvencijskog prava u zadnjih dvadesetak godina odredba je članka 7. stavka 1. Konvencije koja glasi: "When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application."

Neki autori smatraju da citirana odredba ima polazište u tzv. Sonderstatut teoriji koja je nastala za vrijeme Drugog svjetskog rata u Njemačkoj kao reakcija na rješidbe u SAD kojima su ukinuta prava njemačkim imateljima američkih obveznica, što je bio odgovor na njemačke devizne propise iz 1931. godine.⁷⁸

U praksi se dogodio slučaj kad je nizozemski sud, unatoč stranačkoj uglavi o izboru nizozemskog prava, primijenio belgijske zaštitne prisilne propise, jer je ugovor najuže bio povezan s belgijskim pravom. Radilo se o čuvenom slučaju *Alnati*.⁷⁹

Sličan sadržaj ušao je u odredbu članka 13. Ugovora o međunarodnom privatnom pravu Beneluxa od 3. srpnja 1969.⁸⁰ Čini se da nisu opravdane

⁷⁷ Giuliano / Lagarde, Izvješće, str. 20.

⁷⁸ Više o povijesnim razlozima nastanka takvog shvaćanja v. Mann, Effect of Mandatory rules, u: Lipstein, ed., Harmonisation of Private International Law by the EEC, 1978.; Hartley, Mandatory Rules under the Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, European Law Review, 4., 1979., str. 236; Jackson, Mandatory Rules and Rules of Order Public, Contract Conflicts, 1982., str. 59; Philip; Mandatory Rules, Public Law and Choice of Law u Contract Conflicts, 1982., str. 81.

⁷⁹ V. u 56. Rev. Crit. dr. int. priv., 1967., str. 522; Nederlandse Jurisprudentie, 1967., str. 3.

⁸⁰ V. engleski tekst u 18. AJCL, 1970., str. 420; Rigaux, Nouveau projet de loi uniforme Benelux relative au droit international privé, 57 Rev. crit. dr.int. priv., 1968., str. 577.

zamjerke na ujednačenost teksta na različitim jezicima. Tako se u engleskom tekstu i u članku 5. i članku 7. Konvencije rabi isti termin, dok se u francuskom tekstu u članku 5. rabi termin *dispositions impératives*, a u članku 7. termin *lois de police*.⁸¹ Naime to je stvar koja spada u stupanj razvijenosti jezikoslovlja svake pojedine države u njezinoj pravnoj znanosti općenito i posebno u pojedinim granama prava, odnosno u materiji određenog instituta.

Zanimljivo je da je i prije bilo odredaba sličnog sadržaja kao članak 7. stavak 1. Konvencije. Tako Haška konvencija o mjerodavnom pravu za zastupanje iz 1978., članak 16., ali tada nije uslijedila tako brojna i snažna kritika kao što se dogodilo kad je riječ o Konvenciji. Premda je Velika Britanija s još četiri zemlje iskoristila mogućnost stavljanja rezerve (članak 22. Konvencije) na članak 7. stavak 1., engleska kodifikacija međunarodnog privatnog prava iz 1995. (*Miscellaneous Provisions*) ima sličnu odredbu kao što je članak 7. stavak 1.⁸²

Moglo se očekivati da će najviše prigovora na članak 7. stavak 1. doći od autora iz sustava *common law*. Najviše se prigovara određenim formulacijama, osobito dijelu rečenice "... only if the situation has a close connection with that country"⁸³. Kao što se vidi, Konvencija se koristi terminom *situation*, dok Giuliano/Lagardovo izvješće navodi da "connection in question must exist between the contract as a whole and the law of the country other than that to which the contract is submitted".⁸⁴ Dalje, stoji prigovor na termin *close connection*, jer situacija može biti blisko povezana s više država, što bi se izbjeglo kad bi se Konvencija koristila terminom *closest connection*.⁸⁵ Također se prigovara što je forumu koji rješava predmet dano dosta široko diskrecijsko pravo pri odlučivanju hoće li primijeniti zaštitne prisilne propise treće države, kako je predviđeno odredbom članka 7. stavka 1. Konvencije.⁸⁶

Uzevši sve navedeno u obzir, može se ustvrditi da je Konvencija, osobito članak 7. stavak 1., unatoč opravdanim i neopravdanim prigovorima, učinila ogroman utjecaj na formiranje novog načina gledanja na pravo ugovornih stranaka da izaberu mjerodavno pravo za svoj ugovor. Dokaz je tome nova kodifi-

⁸¹ von Overbeck, *Swiss Statut on P.I.L.*, str. 120.

⁸² Prema najnovijim informacijama, osim Velike Britanije to su Njemačka, Irska, Luksemburg i Portugal. Bonomi, *Mandatory Rules*, str. 121.

⁸³ Plender, str. 154.

⁸⁴ V. O.J. 1980. C 282/1, Annex V, par. A 5.52.

⁸⁵ Mayer, *Droit international privé*, 4., 1993., str. 131; Nigh, *Autonomy*, str. 219.

⁸⁶ North / Fawcett, *PIL*, str. 503.

kacija međunarodnog privatnog prava iz 1995. u Engleskoj. To još i više vrijedi za švicarsku kodifikaciju međunarodnog privatnog prava i njezin članak 19. Naime, Švicarska nije imala ni obvezu ni potrebu da svoj pravni poredak uklopi u proces "unifikacije i harmonizacije" prava u okviru Europske unije.

9. PERSPEKTIVE NOVIH TENDENCIJA U ODREĐIVANJU NAČELA AUTONOMIJE

Čini se da su perspektive novih tendencija u određivanju načela autonomije ugovornih stranaka na dobrom putu. Unatoč mnogobrojnim prigovorima, nov pristup zacrtan Rimskom konvencijom polako ali sigurno utire svoj put. Dosta pouzdan dokaz tomu već je više puta spomenuti članak 19. SZMPP i činjenica što se nisu ostvarila negativna predviđanja nekih autora povezana s tom odredbom i njezinom primjenom u praksi.⁸⁷

No, prije donošenja bilo kakvog zaključka, koristit će zasigurno analiza problema i pitanja povezana s promjenom u pristupu načelu autonomije u međunarodnom privatnom pravu.

Do osamdesetih godina 20. stoljeća zapravo i nije bilo problema. Gotovo svi pravni poredci priznavali su ugovornim strankama da potpuno slobodno izaberu mjerodavno pravo za svoj ugovor. U pravilu, nije se tražio nikakav koneksitet s određenim pravnim poretkom niti su se postavljala bilo kakva ograničenja izboru. Kako je općenito bila prihvaćena tzv. kolizijskopravna autonomija, izabrano se pravo primjenjuje kao pravo zajedno sa svojim prisilnim propisima. Za slučajeve kad bi primjena izabranog prava narušavala temeljne vrednote pravnog poretka foruma koji rješava situaciju, pozivom na institut javnog poretka, primjena neprikladnog propisa bi izostala. Za najvažnije stvari postojali su i danas postoje zaštitni prisilni propisi foruma (što neki autori i danas tretiraju kao pozitivni javni poredak) koji će se uvijek primijeniti na predviđenu situaciju. Ako stranke ne bi iskoristile slobodu izbora mjerodavnog prava, bilo je mjerodavno pravo s kojim je ugovor bio u najužoj vezi.

Što je donijela Konvencija i što je novo danas kad je riječ o autonomiji?

Dogodilo se samo ono što je vrijedilo i prije u svakom slučaju kad ugovorne stranke nisu izabrale mjerodavno pravo i kada je *lex causae* bila najbliže pravo. Zapravo, može se reći da Konvencija nije donijela promjene s obzirom na

⁸⁷ von Overbeck, str. 133.

situacije kad stranke nisu ugovorile mjerodavno pravo. Naime, za slučajeve kad nije bilo izbora stranaka o mjerodavnom pravu, bilo je mjerodavno najbliže pravo, ali u cijelosti sa svim svojim dispozitivnim, prisilnim i zaštitnim prisilnim propisima, razumije se, ako neki od tih propisa nisu bili u suprotnosti sa zaštitnim prisilnim propisima ili s institutom javnog poretka foruma. Konvencija je uspostavila novu situaciju utoliko što forum, pod određenim uvjetima, uzima u obzir samo zaštitne prisilne propise najbližeg prava, dok svi ostali propisi koji spadaju u *lex causae*, koja nije ujedno i najbliže pravo, vrijede i primjenjuju se na konkretan ugovorni odnos.

Na taj način Konvencija je afirmirala kriterij najbliže veze i tako potvrdila da je načelo najbliže veze jedno od najvažnijih načela međunarodnog privatnog prava.⁸⁸ Ovdje nije riječ samo o međunarodnom privatnom pravu, već je riječ o najprikladnijem načinu rješavanja međunarodno obilježenih situacija.

Nesumnjiva afirmacija načela najbliže veze i nužnost da se to učini u međunarodnom privatnom pravu, osobito kad je riječ o autonomiji stranaka, može se izraziti i tako da se to povezuje sa značajnijim međudržavnim interesima. Tako Bonomi navodi da je to "...the quest for uniformity and international harmony of decisions".⁸⁹ Isti pisac navodi kako cijelokupnu situaciju povezanu s odredbom članka 7. stavka 1. treba promatrati u kontekstu složenosti više interesa: interesa ugovornih stranaka, interesa treće države koje je pravo najbliže određenom ugovornom odnosu i interesa države foruma.

Kad je riječ o interesu ugovornih stranaka, navodi se u zaključku da stranke mogu imati opravdani interes za primjenu određenog prava u cjelini, ali im se ne može opravdati eventualno suprotstavljanje primjeni određenog dijela propisa prava s kojim njihov ugovorni odnos ima najbližu vezu. Radi pojašnjenja treba dodati da zaštitni prisilni propisi u pravilu predstavljaju mali broj propisa koji pokrivaju općeprihvaćene vrijednosti određenog civilizacijskog kruga. Što se tiče interesa treće države koje pravo ima najbližu vezu s ugovornim odnosom koji se rješava, zasigurno treba priznati interes takve države da se primijene određeni zaštitni prisilni propisi koje su ustrojili njezini zakonodavni organi.

Kad je riječ o interesu države foruma za primjenu zaštitnih prisilnih propisa, treba reći da taj interes ne može biti ništa manji od onoga kad je riječ o primjeni zaštitnih prisilnih propisa *lex causae* kad je ona određena izborom ugovornih

⁸⁸ V. Klasiček, Temeljna načela međunarodnog privatnog ugovornog prava, Pravni vjesnik Pravnog fakulteta u Osijeku, 2001., br. 1-2.

⁸⁹ Bonomi, Mandatory Rules, str. 236.

strana. Razumije se, uz uvjet da ta primjena nije u protivnosti s domaćim zaštitnim prisilnim propisima ili institutom javnog poretka. Čini se da primjenu zaštitnih prisilnih propisa i pitanja suvereniteta ne bi trebalo dovoditi u vezu.⁹⁰

Interes države foruma da primijeni zaštitne prisilne propise treće države s kojom je određen ugovorni odnos u najbližoj vezi počiva na onom istom razlogu koji se odnosi na potrebu da se na svaku međunarodno obilježenu situaciju primijeni ono pravo koje je s tom situacijom u najbližoj vezi. Također, taj se interes mora podudarati sa stajalištem da će sutra forumi drugih država postupiti jednako prema primjeni njihova prava.

Dakako, mehanizam koji je ustrojila Konvencija pomoći će da se u praksi ujednači donošenje sudskih i drugih odluka i da se na međunarodnom planu bolje harmonizira rješavanju međunarodno obilježenih situacija.⁹¹

Piscu ovih redaka potpuno je jasno kako tvrdnja kojom se dovodi u sumnju opravdanost slobode stranaka da izaberu bilo koje pravo na planetu kao mjerodavno pravo za svoj ugovorni odnos može lako biti primljena kao hereza. Unatoč tome, pisac nije do sada uspio pronaći nijedan opravdani pravni razlog za takvu, može se reći, neograničenu slobodu ugovornih stranaka.

U kontinentalnoj europskoj teoriji i praksi navode se tri iznimke od načela primjene stranog prava pri rješavanju međunarodno obilježenih situacija. Pri tome treba imati na umu da se ne radi o primjeni bilo kojeg stranog prava, već onoga s kojim je situacija koja se rješava u najbližoj vezi, a, također, temeljna je svrha svakog kolizijskog pravila da uputi na primjenu onog prava s kojim je odnosna situacija najbliže povezana. To su institut javnog poretka, uzvrat i prepućivanje (*renvoi*) te prijevarno zaobilaženje zakona. Bez namjere da se na ovom mjestu ulazi u raspravu o opravdanosti tih instituta, osobito kad je riječ o prijevarnom zaobilaženju zakona, treba istaknuti da institut javnog poretka i zaobilaženje zakona imaju zaštitnu funkciju.

S druge strane uzvrat i prepućivanje te načelo autonomije u svom mehanizmu imaju ugrađenu primjenu upravo onog stranog prava koje nije najuže povezano sa situacijom koja se rješava.⁹² Na taj su način oba navedena instituta međunarodnog privatnog prava negacija temelja međunarodnog privatnog prava, a to znači negacija najprikladnijeg načina rješavanja međunarodno obilježenih situacija.

⁹⁰ Više o tome Pataut, *Principe de souveraineté et conflicts de jurisdictions*, 1999., str. 60.

⁹¹ Bonomi, *Mandatory Rules*, str. 240 i dalje.

⁹² V. Klasiček, *Renvoi - za i protiv*, Zbornik PFZ, 47 (4) 369-405, (1997).

Jedina je praktična prednost načela autonomije ta što stranke mogu izabrati kao mjerodavno ono pravo koje im najviše odgovara. No, kako je u svakom ugovornom odnosu, u pravilu, riječ o suprotstavljenim interesima, može se reći da izabrano pravo odgovara jačoj ugovornoj strani. I drugo, ako su stranke izabrale mjerodavno pravo, sudovi imaju manje problema jer ne moraju određivati najbliže pravo. Iz današnjeg ugla gledanja, ničim sputavana sloboda stranaka da za svoj ugovorni odnos izaberu mjerodavno pravo imala je smisla u ono vrijeme kad su za ugovorni statut vrijedile poveznice kako ih navodi Eisner.⁹³ Danas, kad zakonodavci široko prihvataju poveznicu koja upućuje na primjenu najbližeg prava, teško je naći opravdanje za prihvatanje autonomije bez ograničenja. Stoga možda nije daleko vrijeme kad će se autonomija shvaćati u materijalnopravnom smislu, tj. kao sloboda ugovaranja.

10. ZAKLJUČAK

Ako se može prihvatiti teza da je međunarodno privatno pravo grana prava koja uz pomoć svog sustava propisa i svojom metodologijom osigurava najprikladniji način rješavanja međunarodno obilježenih situacija, tada je autonomija negacija najprikladnijeg načina rješavanja navedenih situacija. Naime, ako je temeljno pravilo da se na situaciju povezanu s dva pravna poretka ili s više njih primijeni ono pravo s kojim je ta situacija u najbližoj vezi, to znači da će primjena najbližeg prava dati najprikladnije rješenje. S druge strane, izbor ugovornih stranaka ima smisla samo ako nema kao posljedicu primjenu najbližeg prava, jer bi se ono ionako primijenilo kad ne bi bilo izbora. To opet znači da izabrano pravo nikada neće biti najbliže, a rezultat toga je da neće biti postignuto najprikladnije rješenje.

Dakako, sve su to pojednostavljena teorijska razmišljanja, no najnovije konvencijsko pravo (Rimska konvencija) te nacionalne kodifikacije međunarodnog privatnog prava (Švicarska i dr.) pokazuju da se razvoj načela autonomije ugovornih stranaka kreće u smjeru izvjesne korekcije. Važno je istaknuti da se ta korekcija usmjerava prema afirmaciji načela najbližeg prava, jer se i pri izboru mjerodavnog prava koje nije najbliže sve više uzimaju u obzir zaštitni prisilni propisi najbližeg prava. Mnogi autori, osobito oni iz *common law* sustava, smatraju da je riječ o neopravdanom ograničavanju općeprihvaćenog načela autonomije.

⁹³ V. bilješku 28.

Sigurno su u pravu kad konstatiraju da najnoviji razvoj ide u smjeru uspostave većih ograničenja autonomije stranaka, međutim, kad je riječ o prosudbi opravdanosti tog procesa, čini se da kritičari novih tendencija nisu u pravu.

Summary

Damir Klasiček*

AUTONOMY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW - NEW TENDENCIES

The author presents his views on, so far, unlimited freedom of contractual parties to choose the law applicable to their contract.

It is pointed out that there is no legal foundation on which freedom of contractual parties to choose any contract law could be based. Such freedom of choice actually negates the fundamental principle of private international law which requires the application of the closest law to the internationally characterized situation. The author does not deny to the contractual parties the option to choose the applicable law, but expresses his point of view that protective coercive regulations of the country with whose law the contractual relation is in the closest connection should be taken into consideration.

The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations with its provision of Article 7.1, as well as national codifications influenced by this Convention, show new tendencies in respect of certain limitations of the application of the chosen law, as well as justification of a more restrictive approach to the autonomy of parties.

Key words: private international law, autonomy of contractual parties, choice of applicable law

* Damir Klasiček, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Osijek, Radićeva 13, Osijek

Zusammenfassung

Damir Klasiček**

AUTONOMIE IM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT
- NEUERE TENDENZEN

Der Autor nimmt zur fast uneingeschränkten bisherigen Freiheit der Vertragsparteien Stellung, das maßgebende Recht für ihren Vertrag frei zu wählen. In seiner Auslegung wird hervorgehoben, dass kein rechtlicher Grund bestehe, auf dem die Freiheit der Vertragsparteien, irgendwelches Recht für ihren Vertrag wählen zu können, beruhen würde. Diese Freiheit der Wahl stelle eigentlich die Negation des Grundprinzips des Internationalen Privatrechts dar, das die Anwendung des der Situation mit Auslandsberührung nächsten Rechts vorschreibt. Der Autor macht auch weiterhin das Recht der Vertragsparteien nicht streitig, das maßgebende Recht zu wählen, aber er vertritt den Standpunkt, dass dabei die zwingenden Schutzvorschriften des Landes, das dem Vertragsverhältnis am nächsten ist, berücksichtigt werden müssten. Das Römische Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht mit ihrer Bestimmung des Art. 7 und die nationalen Regelungen, die vom Übereinkommen beeinflusst wurden, weisen mit Bezug auf einen gewissen Vorbehalt gegen die Anwendung des gewählten Rechts und die Rechtfertigung einer restriktiveren Handhabung des Prinzips der Parteienautonomie neue Tendenzen auf.

Schlüsselwörter: Internationales Privatrecht, Autonomie der Vertragsparteien, Wahl des maßgeblichen Rechts

** Dr. Damir Klasiček, Professor an der Juristischen Fakultät in Osijek, Radićeva 13, Osijek

716. str. prazna